

Nürnberg, den 6. Mai 2016

Burkhard Pauge

Richter am Bundesgerichtshof a.D., ehemals VI. Zivilsenat

Karlsruhe

## **Ab welcher Erfolgswahrscheinlichkeit der unterlassenen Therapie wird der Arzt verurteilt?**

### **I. Einleitung**

Meine Damen und Herren,

Herr Professor Gahn hat mich Anfang September des vergangenen Jahres gefragt, ob ich bereit sei, über den **Zusammenhang zwischen Erfolgswahrscheinlichkeit einer Therapie und deren Unterlassung** und daraus folgender Haftung bzw. Verurteilung des Arztes einen Vortrag zu halten. Etwas leichtfertig habe ich damals zugesagt. Heute weiß ich, dass es nicht einfach ist, vor Medizinern über Wahrscheinlichkeiten zu sprechen. Was ist unter Wahrscheinlichkeit überhaupt zu verstehen? Wikipedia zeigt für die Kategorie „Wahrscheinlichkeitsrechnung“ 80 Seiten an: Von dem *123-Theorem* bis hin zum *Zufall*. Das zeigt, dass man sich dem Problem der Wahrscheinlichkeit auf vielfache Weise nähern kann.

### **1. Der Umgang mit alltäglichen Risiken**

In der Süddeutschen Zeitung las ich kürzlich ein Interview mit dem britischen Wissenschaftler Prof. Spiegelhalter. Spiegelhalter ist Risikoforscher und lehrt an der Universität Cambridge. Er wurde von dem Interviewer gefragt: „Wie groß ist die Gefahr, dass ich heute ums Leben komme?“ Seine Antwort lautete: „Etwa eines zu einer Million. Das ist etwa die Wahrscheinlichkeit, dass Sie morgens gesund aufwachen und nachts tot sind: Mord, Unfall und all das. In Westeuropa ist das der Wert. In den USA ist es ein bisschen mehr. Und für ältere Trottel wie mich, die vom Fahrrad oder von der Leiter fallen, ist es noch ein bisschen mehr.“<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> SZ vom 16. Februar 2016, S. 14, vgl. auch <http://www.sueddeutsche.de/wissen/david-spiegelhalter-ueber-alltagsrisiken-man-muss-auch-geniessen-1.2864171?reduced=true>, abgerufen am 23. März 2016.

Diese Antwort zeigt: Wahrscheinlichkeiten und Risiken können von sehr unterschiedlichen Faktoren abhängen.

## 2. Die Wahrscheinlichkeit in der Medizin

Wenn der naturwissenschaftliche Sachverständige einen Sachverhalt mit einer zahlenmäßig angegebenen Wahrscheinlichkeit versieht, bezeichnet er damit eigentlich nur die **relative Häufigkeit**, mit der er diesen Sachverhalt im Erfahrungsbereich seiner Wissenschaft unter sonst gleichen Bedingungen gefunden hat. Im Lehrbuch der gerichtlichen Medizin von Ponsold findet sich folgende Graduierung der Wahrscheinlichkeit:<sup>2</sup>

- Gewissheit (absolute Sicherheit) = 100 %
- an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit = 99 %
- sehr große (sehr hohe) Wahrscheinlichkeit = 90 %
- große (hohe) Wahrscheinlichkeit = 80 %
- überwiegende Wahrscheinlichkeit = 70 %
- geringe Wahrscheinlichkeit = 60 %
- Möglichkeit = 50 %

Darunter liegende Wahrscheinlichkeiten werden mit unwahrscheinlich, nicht wahrscheinlich bzw. sehr unwahrscheinlich oder

- ausgeschlossen = 0 %  
bezeichnet.
- nicht feststellbar.

---

<sup>2</sup> Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, hrsg. von A. Ponsold, 3. Aufl. 1967, S. 621, 628

### **3. Die Wahrscheinlichkeit bei der Rechtsanwendung**

Auch Juristen unterscheiden zwischen verschiedenen Wahrscheinlichkeitsgraden. Bei der Rechtsanwendung spielen sie vor allem im Rahmen der **Überzeugungsbildung** eine Rolle.

#### **a) Volle Überzeugung**

Wenn ein Gericht sich eine Überzeugung gebildet hat, sprechen Nichtjuristen gerne von der „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“. Für die richterliche Überzeugungsbildung wird diese jedoch nicht verlangt. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Richter selbst die Überzeugung von der Wahrheit gewonnen hat. Diese persönliche Gewissheit des zur Entscheidung berufenen Richters ist erforderlich, und zwar auch dann, wenn andere zweifeln und anders entscheiden würden. Der Richter darf und muss sich in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.<sup>3</sup>

#### **b) Hohe Wahrscheinlichkeit**

Im Strafprozessrecht kennt man den „dringenden Tatverdacht“. Dieser ist Voraussetzung dafür, einen Verdächtigen in Untersuchungshaft zu nehmen (§ 112 Abs. 1 Satz 1 StPO). Dringender Tatverdacht besteht, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Verdächtige die ihm angelastete Tat begangen hat.

#### **c) Überwiegende Wahrscheinlichkeit**

Im Zivilprozessrecht gibt es den Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Er gilt für die sogenannte haftungsausfüllende Kausalität und spielt insbesondere bei der Feststellung der Schadenshöhe (§ 287 ZPO).<sup>4</sup> Überwiegende Wahrscheinlichkeit

---

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 17.02.1970 - III ZR 139/67 - BGHZ 53, 245, 256 („Anastasia“).

<sup>4</sup> Prütting in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2013, § 287, Rn. 5 ff.

liegt vor, wenn mehr dafür als dagegen spricht, dass eine behauptete Tatsache wahr ist.<sup>5</sup>

#### **d) Hinreichende Wahrscheinlichkeit**

Wenn es darum geht, wer im Arzthaftungsprozess die Beweislast trägt, wenn die Ursächlichkeit eines – „einfachen“ – Befunderhebungsfehlers für die Schädigung des Patienten in Frage steht, kann die hinreichende Wahrscheinlichkeit von Bedeutung sein. Nach § 630h Abs. 5 Satz 2 BGB wird nämlich vermutet, dass der Befunderhebungsfehler für die Verletzung ursächlich war, soweit der Befund **mit hinreichender Wahrscheinlichkeit** ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre. Zu der Frage, welcher Wahrscheinlichkeitsgrad dafür erfüllt sein muss, hat sich der Bundesgerichtshof bisher nicht geäußert. Von Oberlandesgerichten wird vereinzelt eine Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % verlangt.<sup>6</sup>

#### **e) Unwahrscheinlich**

Ein grober ärztlicher Behandlungsfehler führt grundsätzlich zur Umkehr der Beweislast hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs zwischen dem Fehler und dem eingetretenen Gesundheitsschaden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn jeglicher haftungsbegründende Ursachenzusammenhang **äußerst unwahrscheinlich** ist.<sup>7</sup> Wann das der Fall ist, muss grundsätzlich der Beurteilung eines medizinischen Sachverständigen überlassen werden.

#### **f) Ausgeschlossen**

Eine Haftung des Arztes wegen eines Behandlungsfehlers scheidet aus, wenn feststeht, dass der Fehler für die Schädigung des Patienten nicht ursächlich war, wenn

---

<sup>5</sup> vgl. OLG München, Urteil vom 21.05.2010 - juris, Rn. 125; OLG Karlsruhe, NZV 2001, 511, 512.

<sup>6</sup> Vgl. OLG Dresden, VersR 2004, 648 = MedR 2003, 628 (LS); OLG Köln, VersR 2004, 247 = MedR 2004, 607 (red. LS).

<sup>7</sup> st. Rspr., vgl. BGH, MedR 2014, 752, Rn. 20 m.w.N.; vgl. auch NK-MedR/Glanzmann, 2. Aufl., § 630g BGB, Rn. 39 m.w.N..

ein Ursachenzusammenhang also **ausgeschlossen** ist. Auch dies wird ein Gericht in der Regel nicht ohne sachverständige Beratung beurteilen können.<sup>8</sup>

#### **4. Die medizinische Behandlung**

##### **a) Pflicht des Behandelnden**

Mit der Behandlung übernimmt der Behandelnde Verantwortung für den Patienten, und zwar positiv für die Gesundheit des Patienten und negativ für die Vermeidung von Schäden infolge der Behandlung. Eine Untätigkeit des Arztes kann deshalb genauso zur Haftung führen wie übermäßiges Behandeln, durch das eine Verletzung erst zugefügt, die Gesundheit verhindert oder die Befindlichkeit überflüssig belastet wird.<sup>9</sup> Nach § 630a Satz 2 BGB hat die Behandlung grundsätzlich nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen. Eine Ausnahme davon kommt nur in Betracht, wenn zulässigerweise etwas anderes vereinbart ist.<sup>10</sup>

##### **b) Vereinbarung oberhalb des Standards**

Gegen eine Vereinbarung oberhalb des Standards bestehen keine Bedenken. Als Beispiel sei die Wahlleistungsvereinbarung in Gestalt einer Chefarztbehandlung genannt. Hier kann der Patient ein besonderes Qualifikationsniveau bezüglich der geschuldeten Leistungen erwarten.

##### **c) Vereinbarung unterhalb des Standards?**

Eine Vereinbarung unterhalb des Niveaus des Standards ist dagegen unzulässig. Das ärztliche Berufsrecht – vgl. insoweit die Musterregelungen der §§ 7 ff MBO – fordert die gewissenhafte Versorgung von Patienten mit geeigneten Untersuchungs- und Behandlungsmethoden (vgl. § 11 Abs. 1 MBO). Die Vereinbarung eines Behandlungsregimes, das diese Vorgaben missachtete, wäre daher berufsrechtswidrig. Die einzelnen Berufsordnungen sind zwar „nur“ autonomes Satzungsrecht der jeweiligen

---

<sup>8</sup> NK-MedR/Pauge, 2. Aufl., § 402 ZPO, Rn. 2.

<sup>9</sup> Pauge, Arzthaftungsrecht, 13. Aufl., Rn. 162.

<sup>10</sup> NK-MedR/Bergmann/Middendorf, 2. Aufl., § 630a BGB, Rn. 84 f..

Ärztekammer, die Vorschriften haben aber Rechtsnormqualität und sind daher Gesetze im Sinne von § 134 BGB. Der Verstoß hiergegen führt zur Nichtigkeit der Vereinbarung.<sup>11</sup>

## **5. Der medizinische Standard**

### **a) Inhalt des medizinischen Standards**

Der medizinische Standard gibt Auskunft darüber, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann. Er repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.<sup>12</sup>

### **b) Ermittlung des medizinischen Standards**

Der Standard wird nicht von Juristen definiert. Der medizinische Standard wird von der Medizin vorgegeben.<sup>13</sup> Im Arzthaftungsprozess ist es grundsätzlich Aufgabe des Sachverständigen, den für die jeweilige Behandlung geltenden medizinischen Standard zu definieren. Für die Ermittlung des medizinischen Standards können Leitlinien hilfreich sein. Dabei ist jedoch zu beachten, dass Leitlinien nicht nur das zusammenfassen, was bereits zuvor medizinischer Standard war. Handlungsanweisungen in Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder Verbände dürfen nicht unbesehen mit dem medizinischen Standard gleichgesetzt werden. Dies gilt in besonderem Maße für Leitlinien, die erst nach der zu beurteilenden medizinischen Behandlung veröffentlicht worden sind. Leitlinien ersetzen kein Sachverständigengutachten. Zwar können sie im Einzelfall den medizinischen Standard für den Zeitpunkt ihres Erlasses zutreffend beschreiben; sie können aber auch Standards ärztlicher Behandlung fortentwickeln oder ihrerseits veralten.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> NK-MedR/Bergmann/Middendorf, 2. Aufl., § 630a BGB, Rn. 86.

<sup>12</sup> BGH, VersR 2014, 879, Rn. 11 = GesR 2014, 404.

<sup>13</sup> Pauge, Arzthaftungsrecht, 13. Aufl. Rn. 164.

<sup>14</sup> BGH, VersR 2014, 879, Rn. 17 = GesR 2014, 404.

### **c) Der jeweilige Mindeststandard**

Ein gewisser Mindeststandard darf nie unterschritten werden, auch nicht im Notfall. Kliniken haben organisatorisch die Wahrung des Facharztstandards sicherzustellen. Verfügt ein an der Behandlung beteiligter Arzt über ein besonderes Fachwissen oder über individuelle Spezialkenntnisse aus der konkreten Behandlung, so hat er dieses Maß an Sorgfalt einzusetzen. Hinsichtlich des apparativen Soll-Standards ist die Rechtsprechung bestimmt von dem Versuch, eine mittlere Linie zu halten zwischen dem Kostenaufwand und beständigem apparativem Modernisierungsdruck einerseits und dem Interesse des Patienten an Behandlungsqualität und Behandlungssicherheit andererseits. Die Behandlungsseite schuldet nicht das jeweils neueste Therapiekonzept und auch nicht eine dem immer neuesten Stand entsprechende apparative Ausstattung. Erforderlich ist eine dem modernen Standard gerecht werdende apparative Grundausstattung. Deren Umfang richtet sich nach der jeweiligen Versorgungsstufe. Für eine Universitätsklinik gelten strengere Anforderungen als für ein Kreiskrankenhaus. Unterschritten ist der zu fordernde apparative Standard dann, wenn eine neue apparative Technik für den Patienten risikoärmer oder weniger belastend ist oder bessere Heilungschancen verspricht, in der medizinischen Wissenschaft im Wesentlichen unumstritten ist und in der Praxis verbreitet - also nicht nur an wenigen Zentren - Anwendung findet.

### **d) Wirtschaftlichkeitserwägungen und ärztlicher Standard**

Es ist nicht zu leugnen, dass das vom Leistungserbringungsrecht beherrschte Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung zunehmend Einfluss auf den medizinischen Standard nehmen wird. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich die Rechtsprechung im Arzthaftungsrecht zukünftig vermehrt auch mit Wirtschaftlichkeitserwägungen zu befassen haben wird. Bisher war dies kaum der Fall. In einer der wenigen Entscheidungen zu diesem Thema hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass sich ein Krankenhaus bei Nichtanwendung eines teuren Medikaments nicht auf die Unwirtschaftlichkeit einer Vorratshaltung berufen könne, wenn das Medikament rechtzeitig von Fall zu Fall beschafft werden könne.<sup>15</sup> Das zeigt, dass der Rechtsprechung Wirtschaftlichkeitserwägungen nicht fremd sind. Allerdings bestand bisher kei-

---

<sup>15</sup> BGH, NJW 1991, 1543 = MedR 1991, 137.

ne Veranlassung, die Frage eines ärztlichen Behandlungsfehlers unter diesem Blickwinkel zu beurteilen. Das Haftungsrecht steht dem Wirtschaftlichkeitsbegriff aber nicht grundsätzlich im Wege. Der Patient kann nicht stets nach der neusten Methode arbeitende Ärzte erwarten, auch nicht immer die modernsten Apparate und Hilfsmittel und ebenso wenig das Stand-by-Team, das beim Auftreten der unvermuteten Komplikation sofort mit der erforderlichen Operation beginnen kann. Andererseits gilt stets der Grundsatz, dass eine Gefährdung des Patienten allein wegen der Unwirtschaftlichkeit der Behandlung niemals gerechtfertigt sein kann. Der Kostendruck im Gesundheitswesen darf nicht dazu führen, dass das Haftungsrecht vorschnell Positionen räumt, die in jahrzehntelanger Arbeit zum Wohl der Patienten entwickelt worden sind und bisher als gesichert und bewährt betrachtet werden konnten.

### **e) Wirtschaftlichkeitsgebot und Behandlungsalternativen**

Für die Arzthaftung steht auch in Zeiten knapper Kassen weiterhin im Vordergrund, was medizinisch machbar und erforderlich ist. Es wird aber zu diskutieren sein, ob das Wirtschaftlichkeitsgebot im Einzelfall die Beschränkung auf die weniger aufwendige Behandlungsalternative erlauben kann, ob der Verzicht auf Perfektion einer diagnostischen Abklärung bei nur noch minimalen therapeutischen Konsequenzen zu erwägen ist, ob auf Bequemlichkeiten, Erleichterungen, eine Beschleunigung oder auch eine kosmetische Kaschierung verzichtet werden kann, soweit dies dem Patienten auch vom Standpunkt einer aktuellen modernen Medizin zugemutet werden kann. Letztlich könnte es auf die Formel hinauslaufen: je schwerwiegender die Gesundheitsbeeinträchtigung oder -gefahr des Patienten, desto strenger die Anforderungen an die Einhaltung des medizinischen Standards.

### **f) Abweichen vom medizinischen Standard**

#### **aa) Objektiver Sorgfaltsmaßstab im Zivilrecht**

Im Arzthaftungsprozess gilt ein objektiver Sorgfaltsmaßstab. Das bedeutet aber nicht unbedingt gleiche Anforderungshöhe in jeglicher Beziehung. Für die Behandlung in der Facharztpraxis und im Krankenhaus sind grundsätzlich die Kenntnisse und Fertigkeiten nach dem Stand des betreffenden medizinischen Fachgebiets (sog. Fach-



arztstandard) zu verlangen. Ansonsten genügt es haftungsrechtlich, dass der Arzt die Behandlung theoretisch wie praktisch so beherrscht, wie das von einem Arzt seines Fachs erwartet werden muss. Im Arzthaftungsprozess geht es nicht um die persönliche Schuld des Arztes, sondern um die Einhaltung der medizinischen Qualität.<sup>16</sup>

## **bb) Subjektives Verschulden im Strafrecht**

Etwas anderes gilt im Strafrecht. Anders als bei dem objektiv typisierenden Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrechts muss im Strafrecht auch im Rahmen der Fahrlässigkeitshaftung ein subjektives Verschuldensmoment hinzutreten, d.h. im Fall der fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung muss der Täter nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten in der Lage gewesen sein, die objektiv gebotene Sorgfalt einzuhalten, bei gleichzeitig auch für ihn subjektiver Vorhersehbarkeit des Erfolgs.<sup>17</sup>

## **6. Medizinischer Standard und ärztlicher Behandlungsfehler**

Ob ein ärztlicher Behandlungsfehler vorliegt, richtet sich grundsätzlich danach, ob der medizinische Standard eingehalten worden ist. Das Absehen von einer ärztlichen Maßnahme ist nicht erst dann behandlungsfehlerhaft, wenn die Maßnahme "zwingend" geboten war, sondern bereits dann, wenn ihr Unterbleiben dem im Zeitpunkt der Behandlung bestehenden medizinischen Standard zuwiderlief.<sup>18</sup>

Ob eine bestimmte Therapie vorzunehmen ist, richtet sich nicht danach, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ihres Erfolgs oder Misserfolgs ist. Es kommt auch nicht darauf an, ob im Falle des Unterlassens dieser Therapie die Wahrscheinlichkeit einer negativen Entwicklung größer ist als die einer positiven Entwicklung. Auch weniger effektive Behandlungsstandards wie etwa eine Aspirin-Therapie oder die Blutdruckbehandlung bei einem Schlaganfall können geboten sein, wenn dies dem medizinischen Standard entspricht. Ist eine medizinische Maßnahme nicht durchgeführt worden, fragt der Jurist im Arzthaftungsprozess nicht danach, wie wahrscheinlich ein Behand-

---

<sup>16</sup> Pauge, Arzthaftungsrecht, 13. Aufl., Rn. 164, 168.

<sup>17</sup> NK-MedR/Bergmann/ Gaidzik, 2. Aufl., § 222 StGB, Rn. 5.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 22.12.2015 - VI ZR 67/15 - NJW 2016, 713 = GesR 2016, 159 = VersR 2016, 463 = ZMGR 2016, 106.

lungserfolg gewesen wäre, wenn die Maßnahme ergriffen worden wäre. Der Jurist will nur wissen, ob die Vornahme der Maßnahme nach dem jeweiligen medizinischen Standard geboten gewesen wäre. Die Antwort auf diese Frage erwartet er von der Medizin, im Prozess also von dem medizinischen Sachverständigen. Ob dieser bei der von ihm vorzunehmenden Ermittlung des medizinischen Standards Fragen der Wahrscheinlichkeit in seine Überlegungen einbeziehen soll oder darf, ist eine andere Frage. Sie stellt sich, wenn es darum geht, ob das betreffende Gutachten die an eine korrekte medizinische Begutachtung zu stellenden Anforderungen erfüllt. Auch diese Frage richtet sich zunächst an Mediziner.

## **7. Ergebnis**

Ich hoffe, ich habe Sie mit diesem Ergebnis nicht allzu sehr enttäuscht. Ärzte sollten froh sein, dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Arzt bei einer unterlassenen Therapie verurteilt wird, nicht allein von Juristen beantwortet wird, sondern zunächst einmal von der medizinischen Beurteilung des Falles abhängt.